

RESUMO

Este artigo aborda a possibilidade ou não da aplicação da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas. Tem o objetivo de esclarecer que as uniões homoafetivas merecem a tutela jurisdicional do Estado. Faz um paralelo entre as correntes doutrinárias que distinguem quem podem figurar no polo ativo e passivo da Lei Maria da Penha. Discute se a Lei Maria da Penha pode ser aplicada a toda pessoa que esteja em situação de vulnerabilidade frente à violência doméstica e familiar. O assunto envolve grande polêmica e bastante controvérsia. Traz, ainda, os direitos que as pessoas que vivem em união homoafetiva conquistaram em sede administrativa e nos Tribunais. Elenca alguns julgamentos de casos concretos. Enfatiza os posicionamentos contra e a favor da aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos.

Palavras-chave: Violência doméstica e familiar. Lei Maria da Penha. União homoafetiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma abordagem geral sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos, mostrando os posicionamentos contra e a favor bem como a fundamentação legal. O tema surgiu da necessidade de serem essas pessoas amparadas pela referida lei quando se encontrarem em situação de vulnerabilidade ante a violência doméstica e familiar.

Tem como objetivo geral esclarecer que acima de qualquer questionamento, a Constituição Federal assegura a todos uma vida digna e de igualdade perante a Lei, fundamentada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no Princípio da Igualdade. O objetivo específico é mostrar que as uniões homoafetivas merecem a tutela jurisdicional do Estado, e que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada a toda pessoa que esteja em situação de vulnerabilidade frente à violência doméstica e familiar, sob pena de desrespeito aos Princípios acima mencionados.

Diante da omissão legislativa em relação às famílias constituídas por uniões homoafetivas, tende o judiciário a assumir o papel de suprir as lacunas,

aplicando para tal o disposto nos princípios constitucionais e de forma analógica dirimir os conflitos.

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA E A TUTELA JURISDICIAL

A união homoafetiva por muitos anos viveu à margem da sociedade, classificada como relação inferior ou de segunda classe, que era vivida apenas dentro de casa em razão da forte discriminação que esse grupo sofria.

Mas essa população que sempre lutou por reconhecimento e respeito, hoje conquista um lugar na sociedade e pode viver com muita dignidade e contar com a tutela jurisdicional do Estado.

2.1 UM BREVE RELATO SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE NA ANTIGUIDADE

A homossexualidade vem de tempos remotos. Consta que no século V a.C., em Tebas havia um exército formado por 150 casais homossexuais. Na Grécia no século III a.C., deuses, reis e heróis tinham o livre exercício da sexualidade e a homossexualidade fazia parte de seus cotidianos. Consta que Apolo raptava rapazes para sua satisfação sexual. A mitologia grega faz menção ao seu casal mais famoso como sendo Zeus e Ganimedes e relata o amor entre Aquiles e Pátrocló.

Dias constata que:

A homossexualidade aceita era a masculina, verdadeiro modelo de pedofilia, pois constituíam rito de iniciação sexual aos adolescentes, que eram chamados de "efebos". Era uma honra para um jovem ser escolhido por um "preceptor": homem mais velho, modelo de sabedoria e geralmente um guerreiro, que se dispunha a transmitir-lhe seus conhecimentos. Fazia parte das obrigações dos "preceptados" servirem de "mulher" a seus preceptores, com o que ficariam mais bem treinados para a guerra e mais hábeis para a política. Aos jovens que se negavam a tais práticas eram considerados desviantes. (DIAS, 2011, p. 35).

Muitas culturas aceitavam o homossexualismo como aprendizado e amadurecimento para a vida sexual. Naquela época o tema era tratado pelo nome de

pederastia, que significava a prática sexual de um homem mais velho com um rapaz mais jovem.

Na sociedade romana, as relações homoafetivas recebiam o nome de sodomia e eram explícitas.

No Brasil a homossexualidade era considerada muito comum e difundida e datava de antes de sua colonização.

No tocante à homossexualidade no Brasil, Castro *apud* Girardi afirma que:

Que a homossexualidade existe e sempre existiu no Brasil, bem antes da colonização, com relacionamentos bissexuais ou homossexuais entre índios, nativos e seus descendentes. No Brasil o sexo homossexual sempre fora praticado entre índios. Em algumas tribos, essa era a forma de curandeiros passarem seus conhecimentos. Rituais de iniciação fazem parte da tradição do índio entrando na puberdade, em muitas comunidades inclui-se a iniciação sexual. O baião, tenda dos homens, foi presenciado no Sec. XIX pelo naturalista alemão Karl Von den Steiner. A falta de mulher disponíveis na tribo também era resolvida de forma prática. (GIRARDI *apud* CASTRO, 2011, p. 07).

Foi com o surgimento do cristianismo que a homossexualidade passou a ser vista de maneira proibida. A partir daí, o sexo passa a ter natureza meramente reprodutiva e ganha caráter de pecado, sendo permitido apenas no casamento para fins de procriação e a mulher deveria casar virgem como símbolo de virtude. A maioria das Igrejas tinha a homossexualidade como indecência, tendo a Igreja Católica perseguido os homossexuais por meio da Santa Inquisição.

Foram séculos e séculos de intolerância total aos homossexuais até que já no século XX a diversidade sexual começa a ganhar mais espaço, fruto da disseminação dos Direitos Humanos.

Para Dias “o declínio da influência da Igreja fez diminuir o sentimento de culpa, e o prazer sexual deixou de ser criminoso”. (DIAS, 2011, p. 39).

O certo é que o pensamento humano veio evoluindo e as pessoas tendem a ser protegidas pelas normas de Direitos Humanos, porém, ainda distantes da verdadeira liberdade de escolha.

2.2 A UNIÃO HOMOAFETIVA NOS DIAS ATUAIS

A união entre homossexuais hoje está pautada no afeto, como as demais uniões de casais heterossexuais que desejam uma vida plena em família, com

apenas uma diferença, que os casais homossexuais não podem gerar filhos pelo método tradicional.

Conforme explica Dias:

Ninguém mais duvida que o afeto é o principal elemento identificador do núcleo familiar. Embora o princípio de afetividade ainda não esteja previsto de modo expresso na Constituição, lá está de forma expressa, nos outros princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade [...]. (DIAS, 2011, p.115).

Daí infere-se que o correto hoje é tratar a união homossexual com a nomenclatura de união homoafetiva, já que é constituída com base nesses dois pilares: afeto e afetividade.

Pereira também defende o afeto como princípio monteador das uniões homossexuais nos seguintes termos:

Não incluir as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo no elenco das várias formas e possibilidades de constituições familiares seria negar não apenas direito, mas principalmente que o afeto e a afetividade constituem o elo formador e sustentador de todas as relações familiares. Seria negar toda a evolução do direito da família. (PEREIRA, 2011, p.197)

Ainda para que fique bem esclarecida a situação da homoafetividade nos dias atuais, Dias arremata:

O conceito legal de família trazido pela lei Maria da Penha insere no sistema jurídico também as uniões homoafetivas, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas por dois homens – todas configuram entidade familiar. [...] Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da lei Maria da Penha, para outros fins impõe-se este reconhecimento. Basta invocar o princípio da Igualdade. (DIAS, 2011 p. 36-38).

Do pensamento da autora, extrai-se que a lei Maria da Penha, ao estender-se às uniões homoafetivas, não pode fazer diferença entre união formada por duas mulheres em preterição à união formada por dois homens.

2.3 AVANÇOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS

Nesses últimos anos, mais precisamente da década de 80 até hoje, os casais homoafetivos vêm galgando várias conquistas, resultado de muita luta e de muito sofrimento frente às situações mais adversas possíveis no que diz respeito à

discriminação por eles sofridas, mas não obstante a tanta dificuldade, continuam firmes em seus propósitos.

Assim as vitórias que se seguem têm grande significado para as pessoas que vivem em uniões homoafetivas, que não são reconhecidas perante a lei e também perante a família do próprio do companheiro.

2.3.1 Agumas conquistas em sede administrativa

O companheiro ou companheira da relação homoafetiva hoje tem direito à pensão por morte e ao auxílio reclusão reconhecidos pelo INSS. Fato que se deu por Instrução Normativa do INSS e por portaria do Ministério da Previdência Social, após várias decisões judiciais confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que era devido ao companheiro homoafetivo pensão previdenciária por morte e auxílio reclusão no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, bem como a seus dependentes.

No tocante à condição de dependente, o Conselho Nacional de Justiça já incluiu o companheiro homoafetivo dos seus servidores como dependente para fins de concessão de benefícios. O mesmo aconteceu no Supremo Tribunal Federal que, por meio de uma resolução, reconheceu o companheiro da união homoafetiva estável de seus servidores, como beneficiário do plano de saúde e benefícios sociais. Ainda seguindo o mesmo exemplo está a Agência Nacional de Saúde Complementar, que por entender que nas relações homossexuais os direitos são iguais aos das relações heterossexuais, estendeu ao companheiro homoafetivo o benefício do plano de assistência e saúde do titular. A Fundação Real Grandeza também garantiu os direitos dos companheiros homoafetivos, alterando o regulamento geral do plano de assistência médica suplementar – PLAMES, para que os companheiros de união estável homoafetiva possam ser beneficiários do plano de saúde na condição de dependentes de titulares assistidos e equiparados.

A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, após uma liminar concedida pela Justiça Federal do Estado de São Paulo, resolveu baixar regulamentação dando ao companheiro homoafetivo sobrevivente o direito de

receber o seguro obrigatório por danos causados por veículos automotores de via terrestre, o seguro DPVAT.

O Conselho Nacional de Imigração através da Resolução Normativa nº 77/2008, reconheceu o direito ao estrangeiro em união estável, sem distinção de sexo, o visto temporário ou autorização de permanência, com fundamentação na dependência econômica e na relação de afeto.

Outra garantia, fundamentada na dignidade da pessoa humana, é a visita íntima assegurada à pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. Desta feita o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, através de resolução, recomendou aos estabelecimentos penitenciários estaduais e órgãos congêneres, a extensão dessas visitas tanto às relações heteroafetiva quanto às homoafetivas.

Direito também que não ficou esquecido foi a dependência de companheiro para fins de declaração do imposto de renda. O Ministério da Fazenda, através de parecer, concedeu aos casais homoafetivos o direito de informar seus companheiros como dependentes na declaração de imposto de renda a partir do ano de 2011.

Várias instituições financeiras vêm admitindo operações financeiras conjuntas por casais do mesmo sexo. Algumas delas concedem linhas de crédito para obtenção de financiamento imobiliário, tendo em vista os novos modelos de constituição familiar.

No caso de doação de sangue, o entendimento atual do Ministério da Saúde é de que a orientação sexual dos doadores não oferece risco à saúde, razão pela qual aprovou regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, esclarecendo que a orientação sexual não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue.

Outra conquista importante para a realização plena da felicidade dos casais homoafetivos foi a reprodução assistida. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.957/2010, estendeu a técnica da reprodução assistida para todas as pessoas capazes, não se referindo como anteriormente a um homem e uma mulher. O que ainda existe é o receio de algumas clínicas em realizar o procedimento quando procuradas por casais homoafetivos.

Atualmente o Sistema Único de Saúde – SUS faz a cirurgia de mudança de sexo, autorizada pelo Ministério da Saúde. O Conselho Federal de Medicina,

através da Resolução nº 1.955/2010, autorizou a realização da cirurgia transexualizadora, retirando o seu caráter experimental, que pode ser realizado por qualquer hospital. Autorizou, ainda, a realização, a título experimental, da cirurgia do tipo neofaloplastia, ou seja, a construção de um órgão sexual masculino em transexuais.

Também, no intuito de garantir a dignidade e a liberdade das pessoas e de evitar a discriminação, o que se chama de *bullying*, o Ministério da Educação no ano de 2009, expediu o Parecer Técnico de nº 141, para que as instituições de ensino passassem a adotar o nome social de transexuais e travestis em seus registros escolares. Na mesma linha de pensamento, seguiu o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, autorizando a inserção do nome social aos servidores públicos transexuais e travestis no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e funcional. Seguido, outrossim, pelo Conselho Federal de Psicologia, que em 2011, através de resolução, assegurou às pessoas transexuais e travestis o direito à escolha de tratamento nominal a ser inserido no campo observação da Carteira de Identificação Profissional do Psicólogo.

2.3.2 Algumas conquistas nos Tribunais

Em sede de Tribunais, a conquista que é sem dúvida o divisor de águas no tocante às uniões homoafetivas, é o fato do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, ter reconhecido as referidas uniões como entidade familiar, com os mesmos direitos inerentes às uniões estáveis. Trazendo à baila uma série de entendimentos a favor da extensão desses direitos a todos os casais indistintamente. A partir dessa decisão tribunais dos estados de Alagoas, Sergipe, Espírito Santo, Bahia, Piauí, São Paulo, Ceará, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia, Santa Catarina e Paraíba, além do Distrito Federal, começaram a autorizar o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Mas antes do fato histórico acima descrito, os Tribunais Superiores já vinham proferindo algumas decisões favoráveis ao pleito dos casais homoafetivos, por exemplo, no ano de 1998, o Superior Tribunal de Justiça prolatou a primeira decisão reconhecendo a existência de uma sociedade de fato, ocasião em que

assegurou ao companheiro homoafetivo o direito à metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal.

No ano de 2005, o Ministério Público de São Paulo ajuizou uma Ação Civil Pública na Justiça Federal, ocasião em que foi concedida uma liminar determinando que a União reconhecesse o companheiro homossexual como legitimado para autorizar retirada de órgãos e tecidos de seu companheiro falecido para doação.

Quanto à pensão alimentícia, muitos juízes têm proferido decisões favoráveis ao parceiro homoafetivo, com fundamento no princípio da solidariedade social e no princípio da dignidade humana e tendo em vista que o Código Civil prevê a possibilidade de alimentos entre cônjuge ou companheiros.

A adoção de crianças por casais homoafetivos também vem ganhando espaço no judiciário brasileiro. Juízes de todo o país estão concedendo a adoção baseados em laudos e pareceres de equipes técnicas que atestam não haver prejuízo para a formação psicológica da criança o fato dos pais (ou mães) serem do mesmo sexo.

Nesse sentido, Spengler cita o acórdão proferido pelo STJ na ocasião em que confirmou uma sentença prolatada pelo Juiz da Comarca de Bagé – RS:

Que em sendo reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, é decorrência inafastável a possibilidade de seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovida de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da CF). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (SPENGLER, 2011, p. 361).

No tocante ao direito sucessório, o parceiro sobrevivente tem encontrado muita dificuldade para conseguir o direito real de habitação e a meação dos bens. Mas, existem casos julgados em favor do companheiro sobrevivente, por exemplo, ainda na década de 80, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu 50% dos bens deixados pelo falecido ao seu companheiro.

A respeito dos direitos conquistados perante os Tribunais, assim se manifesta Camargo:

[...] acreditamos que a doutrina e a jurisprudência estejam desenvolvendo papel de grande relevância à Sociedade Homoafetiva, e cremos fielmente que a consolidação de que foi aqui tratado impulsiona finalmente o legislativo brasileiro ao encontro desta realidade social presente no dia a dia

de nossa sociedade, o que certamente viabilizará o crescimento social de nossa nação, mais justo e equilibrado, combatendo as ocultas desigualdade. (CAMARGO, 2011, p. 494).

Nos últimos anos, o judiciário teve que suprir a omissão da lei, dirimindo conflitos e dizendo o direito para aqueles que já deveriam tê-los assegurados pelo legislador.

2.4 A POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASAIS HOMOAFETIVOS

Como já mencionado no capítulo que trata do surgimento da Lei Maria da Penha, a Lei foi criada com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Trazendo de maneira explícita que a violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero, dando a entender que se deve proteger o gênero feminino e não somente o sexo feminino.

Nesse aspecto, Teixeira e Moreira reproduzem as palavras de Gomes: “o objetivo da Lei Maria da Penha é a tutela especificamente da mulher, não em razão de sexo, e sim em virtude de gênero”. (TEIXEIRA E MOREIRA, 2011, p. 284).

Entende-se por gênero os aspectos sociais, culturais, psicológicos e intelectuais vividos pela pessoa dentro da sociedade a qual está inserida.

Ramos Silva em seu artigo traz a diferença entre sexo e gênero:

Sexo refere-se às características biológicas de um indivíduo, enquanto que gênero é decorrente de aspectos sociais, culturais, políticos. Uma pessoa, por exemplo, pode ter o sexo masculino e se incluir no gênero feminino, sendo ele um travesti. (RAMOS SILVA, 2011, p. 07).

Ainda sobre a questão de gênero, a mesma autora mostra os ensinamentos de Maluf: “o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas”. (MALUF *apud* RAMOS SILVA, 2011, p. 08).

Nesse diapasão, o fato de uma pessoa ser de um sexo e possuir o gênero do outro sexo, é o que leva o ser humano a fazer sua escolha sexual, baseado no seu íntimo e nas suas convicções, merecendo todo o respeito e proteção da Lei.

Quando o parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha menciona que as relações ali descritas independem da orientação sexual, está alargando o conceito de família, abrangendo, assim, as relações homoafetivas.

Acerca do tema Dias entende da seguinte forma:

Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Ou seja, violência doméstica acontece no ambiente familiar. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrado, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída pela imposição da lei, mas sim por vontade de seus membros. (DIAS, 2011, p.119).

Assim sendo, alguns doutrinadores entendem que as medidas protetivas de urgência devem ser aplicadas a todas as relações homoafetivas, por serem estas entidades familiares e estarem abrangidas pela Lei. Com esse pensamento, muitos juízes têm aplicado as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos, enquanto que alguns juízes entendem ser impossível tal aplicação. Vejamos então alguns julgamentos de casos concretos.

2.4.1 Julgamentos a favor da aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de forma inovadora, confirma que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada a qualquer pessoa (homem ou mulher) que esteja em situação de vulnerabilidade:

Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5.º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8.º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente. Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência

doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições. Neste contexto, inexiste a condição de constitucionalidade decorrente da discriminação produzia, mas tão somente uma imposição constitucional que deve ser suplantada pelo intérprete equiparando as condições de homem e mulher, de modo a permitir a análise da pretensão que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma (TJMG, ApCrim 1.0672.07.249317-0, j. 06.11.2007, rel. Judimar Biber, data da publicação 21.11.2008).

Alguns juízes estão aplicando as medidas protetivas trazidas pela Lei Maria da Penha a homens em relação heteroafetiva, bem como em relações homoafetivas, acompanhe algumas decisões.

No Rio Grande do Sul, mais precisamente na cidade de Crissiumal, o Juiz Alan Peixoto concedeu medida de proteção a um homem em desfavor de sua ex-companheira, proibindo que a mesma se aproxime da vítima, que mantenha distância de no mínimo 50 metros.

O operador de máquinas Novais recorreu à justiça de Rio Pardo no Rio Grande do Sul pedindo proteção tendo em vista que estava sofrendo ameaças de seu ex-companheiro, que era bastante agressivo. O juiz Osmar de Aguiar Pacheco determinou o afastamento imediato do ex-companheiro da vítima e afirmou na decisão que, “embora a Lei Maria da Penha tenha como objetivo original a proteção das mulheres contra a violência doméstica, pode ser aplicada em casos envolvendo homens”. Além da aplicação da medida protetiva de urgência, o juiz reconheceu a competência do Juizado de Violência Doméstica para a tramitação do processo.

No Rio de Janeiro, o juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal da Capital, aplicou as medidas protetivas de urgência a uma vítima homoafetiva. Segundo a vítima, vinha sofrendo várias agressões físicas por parte de seu companheiro, na casa onde moravam. O agressor foi beneficiado com a liberdade provisória, mas teve que assinar um compromisso de que manteria distância mínima de 250 metros da vítima. O Juiz assegurou que “a medida é necessária a fim de resguardar a integridade física da vítima”.

O Desembargador Edson Ulisses de Melo proferiu uma palestra com o tema “A Aplicação da Lei Maria Penha nas Relações Homoafetivas”. Na ocasião, defendeu seu ponto de vista nos seguintes termos:

É uma questão palpitante. Entendo que, no caso de relações homoafetivas entre pessoas do sexo masculino, para a aplicação da Lei Maria da Penha deva ser analisado o caso concreto, quando uma das partes se apresente como mulher na relação, estando esta constatação baseada em laudo

psicossocial. Mas quanto a uniões homoafetivas entre pessoas do sexo feminino, basta apenas a comprovação da agressão e a relação familiar.

O magistrado segue o entendimento de que no caso concreto deve ser analisada a questão de gênero e não a que sexo pertence a vítima.

2.4.2 Julgamentos contra a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos

Muitos operadores do direito entendem ser impossível a aplicação das medidas protetivas de urgência descritas na Lei Maria da Penha a homens vítimas de agressões domésticas tanto na relação heteroafetiva quanto na homoafetiva.

Veja o entendimento do Tribunal de Justiça de Distrito Federal:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. VÍTIMA DO GÊNERO MASCULINO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. A *mens legis* da Lei 11.340/2006 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico. A criação das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima de sexo feminino, não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar. (TJDFT, CComp 277428, j. 02.07.2007, rel. George Leite Lopes, DJ 09.08.2007, p. 106).

Esse mesmo entendimento tem o Órgão do Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na ocasião em julgou o conflito de competência entre o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o Juizado Especial do Distrito Judiciário da Zona Norte, em que figura como vítima um homem em uma ação de lesão corporal cometida por sua ex-companheira. O relator Desembargador Caio Alencar alegou que não se pode aplicar a Lei Maria da Penha quando a vítima se tratar de uma pessoa do sexo masculino, devendo os autos serem processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal da Zona Norte de Natal. (Processo nº 2010.015681-0).

Comunga também desse entendimento a magistrada Morgana Richa, do Conselho Nacional de Justiça, ao afirmar que a lei é muito clara e só poderá ser aplicada aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Percebe-se, dessa forma, que a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos depende exclusivamente da interpretação dada à Lei pelos aplicadores da lei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da violência doméstica ainda é muito preocupante, pois há muitos séculos faz parte do cotidiano das famílias brasileiras, apesar da luta incansável de alguns seguimentos da sociedade para erradicá-la. A propósito em 2004, a Lei 10.886, acrescentou ao artigo 129 do Código Penal, que trata das lesões corporais, os parágrafos 9º e 10, caracterizando a violência doméstica como qualificadora para o delito em tela. Ainda com o intuito de evitar o crescimento da violência no âmbito doméstico, foi acrescido ao mesmo artigo, em 2006, o parágrafo 11, aumentando a pena para a violência praticada contra portador de deficiência física.

Não obstante a criação desses tipos penais, a violência continuou a ser praticada de forma crescente contra a mulher dentro do contexto doméstico e familiar. Chegando o Brasil ao patamar alarmante em números de homicídios contra a mulher. Segundo uma pesquisa do Instituto Avante Brasil, só na década compreendida entre os anos 2001 e 2010, 40.000 (quarenta mil) mulheres foram homicidadas no Brasil. Daí até hoje, os números continuam crescendo.

Após muitos anos lutando por punição para seu ex-companheiro, que lhe deixou paraplégica por conta da prática de agressões físicas, a biofarmacêutica Maria da Penha viu uma Lei que leva seu nome ser sancionada, lei esta que cria mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 1º). O art. 5º da Lei define violência doméstica nos seguintes termos “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...].” Dizendo ainda, ao final, que independe da orientação sexual da mulher para a configuração da violência doméstica e familiar contra esta. O art. 6º por sua vez, reza que a violência acima descrita constitui violação aos direitos

humanos. A Lei institui, ainda, medidas protetivas de urgência a serem aplicadas a favor da vítima a fim de que tenha sua integridade física e psicológica preservada.

Da leitura da Lei Maria da Penha extrai-se que essa Lei não cria novos tipos penais, veio no intuito de regulamentar de forma rigorosa a aplicação do § 9º do art. 129 do CP, quando a vítima for mulher. Criando assim mecanismos, programas e várias formas de assistência à mulher em situação de vulnerabilidade, explicitando que é considerada violência doméstica e familiar contra a mulher a agressão baseada no gênero e que para a aplicação da Lei independe da orientação sexual da mulher, deixando claro que a Lei tutela as relações homoafetivas.

Ademais a Lei Maria da Penha considera a violência doméstica e familiar uma violação aos direitos humanos e, levando se em conta que as uniões homoafetivas já foram reconhecidas como entidades familiares, não há mais o que questionar quanto à abrangência dessa Lei aos casais homoafetivos, sob pena de violação aos direitos humanos.

Deixar os casais homoafetivos à margem da tutela jurisdicional do estado sob a alegativa de que a Lei Maria da Penha visa proteger apenas a vítima do sexo feminino, além de violar os direitos humanos, seria uma afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da Igualdade, ambos assegurados pela Constituição Federal.

Diante da omissão legislativa, as pessoas que vivem em uniões homoafetivas têm recorrido ao judiciário para que seus agressores sejam punidos e para que possam ter uma vida digna, tendo em vista que não podem ser penalizados pela escolha sexual.

É sabido que alguns operadores do direito ainda entendem que as uniões homoafetivas não estão abrangidas pela Lei Maria da Penha, especialmente a união de homem com homem, pois não a aplicam sob a alegativa de, no direito penal, ser vedada a analogia. Mas, como já visto as medidas protetivas de que trata a Lei Maria da Penha não constituem tipo penal e sim normas procedimentais, que envolvem matéria de processo penal, processo civil e até trabalhista. Portanto não há o que se falar em analogia a tipo penal no tocante à aplicação das medidas protetivas aos casais homoafetivos.

Chega-se à conclusão, portanto, de que é plenamente possível tutelar as uniões homoafetivas com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha em virtude das referidas uniões constituírem entidade familiar e estarem

amparadas pelo ordenamento jurídico. Que o Estado tem obrigação de assegurar a todo ser humano o direito à dignidade e à igualdade para a realização de uma vida plena, protegendo-o de toda e qualquer discriminação, principalmente, em razão da orientação sexual.

É de bom alvitre concluir esse trabalho com o ensinamento do Ministro Ayres Brito por ocasião de seu voto, na qualidade de relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde foram reconhecidas, por unanimidade, as uniões homoafetivas como entidade familiar: “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade, e as pessoas em razão de sua orientação sexual”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 100.654. MG (2008/0247639-7). Brasília-DF. Data do Julgamento: 25 de março de 2009. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 10.12.013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. HC nº 115.857/MG. Brasília-DF. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2009. Relatora: Ministra Jane Silva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 10.12.013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito Nº 1.0145.07.414517-1/001 - Relator Exmo. Sr. Des. Antonio Carlos Cruvinel - 3^a Câmara Criminal - Publicado Em 17/12/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=7&txt_prcesso=245610&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=lei%20maria%20da%20penha&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em 06.12.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal Nº 1.0672.07.249317-0/001 - Relator Exmo. Sr. Des. Judimar Biber. Publicado Em 06/01/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=7&txt_prcesso=245610&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=lei%20maria%20da%20penha&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em 06.12.2013.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Câmara Criminal. **CCP nº 20070020030790**. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 2 de julho de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjd&.jus.br/cgibin/tcgi1?docnum=1&pgatu=1&l=20&id=61637,73528,31383&mgwlpn=servidor1&nxtpgm=jrhtm03&opt=&origem=inter>>. Acesso em: 06.12.2013.

CAMARGO, Sérgio Alexandre. Conquistas Administrativas no Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 1ª ed. Porto Alegre. Revista dos Tribunais. 2011.

CASTRO, Isa Leal. **As Uniões Homoafetivas e os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em : <<http://www.faculdadefar.edu.br/artigo-cornica/detalhe/id/20>>. Acesso em: 04.12.2013.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre. Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 1ª ed. Porto Alegre. Revista dos Tribunais. 2011.

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. **Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Um olhar na vertente do gênero feminino**. Disponível em: http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892. Acesso em: 18.10.2013.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. **O Conceito de Família na Lei Maria da Penha**. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 1ª ed. Porto Alegre. Revista dos Tribunais. 2011.

ULISSES, Edson. Palestra sobre a aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas. Disponível em: <<http://agencia.tise.jus.br/noticias/item/7138-des-edson-ulisses-faz-palestra-sobre-a-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-nas-relacoes-homoafetivas>>. Acesso em: 07.12.2013.

Violência contra a mulher: mais de 40.000 homicídios femininos em uma década. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/violencia-contra-a-mulher-mais-de-40-000-homicidios-femininos-em-uma-decada/>. Acesso em: 10.12.2013.